
ENSAYO SOBRE EL PODER CONSTITUYENTE

Carlos Daniel Luque

I. ORIGEN DE LA TEORÍA DEL PODER CONSTITUYENTE

La Teoría del Poder Constituyente nació en Francia, fue construida en la época de la revolución francesa por el abate Emmanuel Sieyes; como dice Linares Quintana: *"el espíritu de Sieyes fue el espíritu mismo de la Revolución Francesa"*¹.

La elaboración de Sieyes tiene o se desarrolla en un contexto histórico determinado y fue cuando la tambaleante y quebrada monarquía en Francia se vio obligada a convocar al parlamento, este se denominaba estados generales y su estructura, en la que había tres órdenes era la siguiente: la nobleza, el clero y el tercer estado.

En este último orden, correspondiente a los estratos sociales comunes, no privilegiados, ejercía un papel preponderante la "burguesía"; En el parlamento, en ese entonces, se votaba por órdenes y el tercer estado o también estado llano estaba en permanente desventaja numérica frente a la unión que había a la hora de votar entre la nobleza y el clero.

Era indispensable una reforma para lograr el control de la asamblea parlamentaria, es entonces cuando entre fines de 1788 y comienzos de 1789, Sieyes escribe su famoso folleto titulado "Que es el tercer estado?" con miras a explicar un cambio que se tornaba indispensable.

Sieyes tenía que demostrar que para darse una constitución, la nación tenía que tomar la decisión mediante la reunión de representantes extraordinarios especialmente delegados para expresar la voluntad nacional; ello lo conduce a elaborar la teoría del Poder Constituyente, a fin de establecer a quien pertenece y cuáles son las condiciones de su ejercicio.

Sieyes señala tres etapas en la formación de un estado, en la primera etapa los individuos que viven aislados en un estado de naturaleza racionalmente concebido, resuelven reunirse y por este solo hecho pasan a formar una nación; es

¹ Linares Quintana, Segundo V.; Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, Tomo 3, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1978, pág. 173.

en la nación donde el Poder Constituyente radica en forma indiscutible e inalienable.

En una segunda etapa, la nación lleva adelante la decisión de actuar en común y los asociados convienen en cuáles son las necesidades públicas y los medios para proveerlas, el poder ya pertenece al conjunto y es en este momento en el que nace la constitución.

En la tercera etapa, los asociados son demasiados y están dispersos en una superficie tan extensa que no les permite ejercitar por sí mismos su voluntad común, nace entonces el gobierno, ejercido por representantes de la nación.

Cabe señalar la diferencia, siempre según Sieyes, entre el Poder Constituyente, no sujeto a constitución alguna, pues la nación existe ante todo y es el origen de todo sin otro límite que el que le impone el derecho natural, y el gobierno que ejerce un poder constituido, sujeto a las condiciones y límites que le impone la constitución.

Creemos que los mentores del Poder Constituyente de 1994, se han excedido, si bien nadie creía necesario darle la amplitud, al Poder Constituyente, de tener sus límites únicamente en el derecho natural, cosa que no ocurrió siquiera en nuestro Poder Constituyente originario de 1853 - 1860, este Poder Constituyente renovador se fue al otro extremo, porque estuvo atado más que sujeto, a la famosa "cláusula cerrojo" que invitaba cordialmente a votar en bloque, algún constitucionalista con muy buena voluntad dice que se asistió a una nueva forma de votar en procesos de este tipo por sí o por no todas las reformas que estaban en el llamado "Núcleo de Coincidencias Básicas", que se encontraba en el "Pacto de Olivos" primero y en la ley que declaró la necesidad de la reforma (Ley 24.309, artículos 2,3,4,5,6 y 7).

II. CONCEPTO DE PODER CONSTITUYENTE

Siempre es útil tener una idea conceptual de un instituto jurídico, sobre todo porque son, en general, sino difíciles de entender por lo menos tienden siempre a ser explicados para su mejor comprensión.

Serán volcados a este trabajo conceptos de renombrados autores que tiene esta materia, pero a la vez trataremos de no pecar de súper-abundantes.

El profesor español Luís Sánchez Agesta caracteriza al Poder Constituyente como "voluntad política creadora del orden, que requiere naturaleza originaria,

eficacia y carácter creador"²; "el fundamento del Poder Constituyente, dice Sánchez Agesta, no está en una legitimidad jurídica anterior, sino que es de carácter trascendente al orden jurídico positivo, en consecuencia el fundamento de la legitimidad de esta afirmación solo puede hallarse en el derecho natural"³.

En opinión de Sánchez Viamonte, citado por Linares Quintana, el Poder Constituyente es "la soberanía originaria, extraordinaria, suprema y directa en cuyo ejercicio la sociedad política se identifica con el estado, para darle nacimiento y personalidad, y para crearle sus órganos de expresión necesaria y continua"⁴. A modo de fundamento, Sánchez Viamonte⁵ analiza las características que le da a la soberanía por él llamada Poder Constituyente, de la siguiente forma:

a) Originaria: porque es su primera manifestación de soberanía y da origen al orden jurídico.

b) Extraordinaria: porque a diferencia de los poderes del gobierno, que son ordinarios y permanentes, el Poder Constituyente solo actúa cuando es necesario dictar una constitución o reformarla y cesa cuando ha llenado su cometido.

c) Suprema: porque es superior a toda manifestación de autoridad, desde que la crea o constituye (poder constituido), determina su naturaleza, organiza su funcionamiento y fija sus límites.

d) Directa: porque según la doctrina que inspiró su creación, su ejercicio requiere la intervención directa del pueblo.

Por ultimo reproducimos el más claro y a la vez explicativo concepto, en nuestra opinión, de Poder Constituyente; dice Bidart Campos: "Poder Constituyente es la competencia, capacidad o energía para constituir o dar constitución al estado, es decir para originarlo, para establecer su estructura jurídico - política"⁶.

² Sánchez Agesta, Luis; Lecciones de Derecho Político, Editora Nacional, Madrid, 1966, pág. 339.

³ Sánchez Agesta, Luis; Lecciones de Derecho Político, Editora Nacional, Madrid, 1966, pág. 340.

⁴ Sánchez Viamonte, Carlos; Manual de Derecho Constitucional, Editorial Kapeluz, Buenos Aires, 1958, pág. 92.

⁵ Sánchez Viamonte, Carlos; Manual de Derecho Constitucional, Editorial Kapeluz, Buenos Aires, 1958, pág. 92

⁶ Bidart Campos, German J.; Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo I-A, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 477.

III. PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO Y DERIVADO

Es la primera de las diferencias en cuanto al Poder Constituyente, diríamos que es la clasificación de su relación interna; “el Poder Constituyente puede ser originario y derivado, esta es, por ejemplo tipología de Bidart Campos. El Poder Constituyente es originario cuando se ejerce en la etapa fundacional del estado, para darle nacimiento y estructura; a su vez el Poder Constituyente es derivado cuando se ejerce para reformar la constitución”⁷.

El Poder Constituyente originario tiene como titular al pueblo o a la comunidad, porque es la colectividad toda la que debe proveer a su organización política y jurídica al momento de crearse el estado, esta noción responde a la búsqueda de la legitimidad en el uso del Poder Constituyente originario.

Hay una aclaración muy importante que hacer, en cuanto a la titularidad del Poder Constituyente, tema sobre el que volveremos infra; la aclaración en realidad, como no podía ser de otra manera, la construye Bidart Campos en estos términos: “la residencia o titularidad del Poder Constituyente en el pueblo solo debe reconocerse en potencia, ósea, en el sentido de que no hay nadie (ni uno, ni muchos, ni pocos) predeterminado o investido para ejercerlo; y no habiendo tampoco una forma concreta predeterminada por Dios ni por la naturaleza para constituir a cada estado, la decisión queda librada a la totalidad o conjunto de hombres de la comunidad, el ejercicio en acto (material) de ese Poder Constituyente se radica en razón de eficacia en quienes dentro del mismo pueblo, están en condiciones, en un momento dado, de determinar la estructura fundacional del estado; son pues las condiciones socialmente determinadas en razón de lugar y de tiempo, las que espontáneamente confieren eficacia histórica a la voluntad del hombre o de un grupo, con suficiente base de consenso (acuerdo) y participación de toda la comunidad”⁸.

Tenemos que reconocer que en 1994 hubo un amplio consenso, un consenso general, pero que de ninguna manera fue total. Digamos que estuvieron presentes las necesarias razones de lugar y de tiempo; en cuanto a la eficacia histórica,

⁷ Bidart Campos, German J.; Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo I-A , Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 478.

⁸ Bidart Campos, German J.; Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo I-A , Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 479.

hasta ahora el único beneficiado fue el reelecto presidente, pero tranquilicémosnos porque queda mucho camino por recorrer.

IV. PODER CONSTITUYENTE Y PODERES CONSTITUIDOS

En forma también breve vamos a comentar la segunda clasificación, digamos la clasificación de la relación externa que se da con en referencia al Poder Constituyente.

Es muy interesante el análisis de Quiroga Lavié, quien explica la diferencia entre Poder Constituyente y poderes constituidos, desde una muy particular clasificación. Dice Quiroga Lavié que "existen un orden constituyente y un orden constitucional, el primero es lo que la mayoría de los autores llaman Poder Constituyente, en realidad el mencionado autor no los iguala sino que le da más amplitud al orden constituyente, pero da algunas pautas que nos permiten asimilarlos, como, por ejemplo: "el primer acto del Orden Constituyente estará desprovisto de toda regulación previa, será la pura creación del sentido común social, solo condicionado por los sentidos subjetivos de los integrantes de la comunidad"⁹.

En realidad Quiroga Lavié ubica al orden constituyente como creador del Poder Constituyente y a este a su vez como creador del orden constitucional o lo que se llama comúnmente poderes constituidos, dice el profesor de la Universidad de La Plata que "una vez creado el orden constitucional funciona por un proceso dinámico de aplicación - creación cumplido según corresponda a cada poder constituido: el legislador aplica la constitución y crea la ley, el administrador aplica la ley y crea el reglamento, el juez aplica la ley y el reglamento y crea la sentencia"¹⁰, este análisis del proceso de aplicación-creación de los poderes constituidos que hace Quiroga Lavié es muy útil para una comprensión primaria del funcionamiento principal de cada uno de los poderes constituidos.

Finalizando este capítulo de clasificación de la relación externa del Poder Constituyente acudimos a lo que llamamos una explicación clásica, el Poder Constituyente opera en un nivel superior que no admite la posibilidad de otro por encima del, crea el ordenamiento jurídico del estado, da vida a los poderes

⁹ Quiroga Lavié, Humberto; Lecciones de Derecho Constitucional, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995, pág. 39.

¹⁰ Quiroga Lavié, Humberto; Lecciones de Derecho Constitucional, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995, pág. 39.

constituidos (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial), a los cuales a través del texto constitucional, encauza y limita, como que tienen su campo de actuación en un nivel inferior al del Poder Constituyente.

V. TITULARIDAD DEL PODER CONSTITUYENTE

En referencia a este tema digamos que en las monarquías absolutas de la antigüedad, el monarca era el dueño, y no el titular, del Poder Constituyente; y en todo tiempo en los regímenes arbitrarios o despóticos, tan suprema facultad es detentada por un individuo o un grupo de individuo que oprimen a los demás habitantes; pero en el estado constitucional el sujeto titular del Poder Constituyente es el pueblo y únicamente es la comunidad política soberana la que ha de decidir sobre la organización constitucional del estado.

La titularidad del Poder Constituyente originario en nuestro país fue ejercida por los representantes de las provincias preexistentes en 1853, pero también lo ejercieron los constituyentes de 1860; según Bidart Campos “la revisión de 1860 forma parte del ciclo del Poder Constituyente originario que quedo abierto en 1853; y porque quedo abierto? porque Buenos Aires no lo ratifico, no lo acepto y recién en 1860 se incorporó a nuestro estado federal, y como Buenos Aires, por naturaleza, forma parte de la Argentina, hasta que no su hubiera logrado su ingreso no se podría considerar clausurado el Poder Constituyente originario o fundacional de la República Argentina”¹¹.

Observa Sánchez Viamonte que “el Poder Constituyente corresponde al pueblo, como función mediante la cual ejerce el dominio de sí mismo y fija el marco, incluso, de su futura actividad constituyente”¹².

VI. LÍMITES DEL PODER CONSTITUYENTE

En primer término transcribimos la clasificación sobre límites del Poder Constituyente de Jellinek¹³; según este autor el Poder Constituyente puede estar limitado por diversos factores, unos procedentes de la órbita jurídica y otros

¹¹ Bidart Campos, German J.; Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo I-A, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 481.

¹² Sánchez Viamonte, Carlos; El Poder Constituyente, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, pág. 576.

¹³ Jellinek, Walter; Grenzen der verfassungsgesetzgebung, Berlín, 1931, cit por Nicolás PEREZ SERRANO, El Poder Constituyente, pág. 46.

ajenos al derecho; y aun en el primer grupo admite un ulterior desdoblamiento, según que la voluntad que se impone al Poder Constituyente sea interna o externa, de esto entonces resultarían tres órdenes de limitaciones:

a) Limitaciones heterónomas: que serían jurídicas y de procedencia exterior a la constitución, provenientes:

1- del derecho estatal, como las que existen en las relaciones federales, en las que las constituciones de los estados miembros no pueden contrariar los criterios establecidos por el orden federal.

2- del derecho internacional, como las que surgen de los tratados internacionales.

b) Limitaciones autónomas: que son jurídicas y de origen interno, que presuponen que existe y se respeta una forma correctamente establecida para la revisión constitucional.

c) Limitaciones absolutas: que rebasan el área estricta de lo jurídico, por ejemplo el derecho natural.

Dice Linares Quintana que “el Poder Constituyente originario es ilimitado, en cuanto el pueblo, al constituirse originariamente en estado y darse las bases de su ordenamiento, no se encuentra condicionado por limitación alguna de orden positivo, por lo que posee una amplia y discrecional potestad para elegir el régimen político que estime más adecuado para reglar la organización y el funcionamiento del gobierno así como las relaciones entre este y los habitantes”¹⁴.

En cambio, el Poder Constituyente derivado (que es el que ejercitan las convenciones reformadoras) es esencialmente limitado, por cuanto, como se ha visto en 1994, aparte de las restricciones que puedan surgir del espíritu de la constitución originaria, está sujeto al procedimiento, a las condiciones y hasta a las prohibiciones que determine la misma constitución y más particularmente la ley que declara la necesidad de la reforma.

Vemos finalmente en el tema de los límites del Poder Constituyente, la construcción de Bidart Campos que, al analizar el Poder Constituyente originario, se acerca a la clasificación propuesta por Jellinek, comienza diciendo el tratadista de los contenidos pétreos: " el Poder Constituyente originario es, en principio,

¹⁴ Linares Quintana, Segundo V.; Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, Tomo 3, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1978, pág. 215

ilimitado, ello significa que no tiene un límite de derecho positivo o, dicho de otra manera, que no hay ninguna instancia superior que lo condicione"¹⁵. Ahora bien, la limitación no descarta:

a) Los límites suprapositivos del valor justicia (interpretamos derecho natural).

b) Los límites que pueden derivar colateralmente del derecho internacional público (tratados).

c) El condicionamiento de la realidad social con todos sus ingredientes, que es un método realista de elaboración a tener en cuenta para organizar el estado.

Volvemos sobre el Poder Constituyente derivado, sus límites pueden estar dirigidos al congreso, en la etapa de declaración de la necesidad de la reforma; a la convención constituyente o a ambos; así el quórum de votos para declarar la necesidad de la reforma limita al congreso, el temario de puntos que el congreso declara necesitados de reforma limita a la convención (si la reforma es parcial). En 1994, si bien hubo limitación en el temario, el congreso avanzó sobre la convención al establecer la votación en bloque por sí o por no de las reformas (si se votaba sí, como ocurrió, todas las reformas eran aprobadas; de lo contrario, con el voto negativo, no hubiera sido modificado el texto en letra alguna); lo único que se pudo discutir, que tiene la misma jerarquía (o debería tenerla), fue la forma que tendrían las modificaciones a la Constitución Nacional.

VII. PODER CONSTITUYENTE PROVINCIAL

Como las provincias argentinas son parte de un estado federal, son también estados, de allí que también tienen un Poder Constituyente para organizarse, ósea que pueden dictar sus propias constituciones, atribución claramente establecida por los artículos 5, 122 y 123 de la Constitución Nacional. Siguiendo a Bidart Campos vemos que “el Poder Constituyente originario de las provincias, que es el que actúa cuando aquellas se dan su primera constitución, tiene límites positivos y estos no son más que adecuarse a los principios que emanan de la Constitución Nacional, por ejemplo: el sistema representativo republicano, las garantías de aquella, etc. Opinamos que el Poder Constituyente provincial origi-

¹⁵ Bidart Campos, German J.; Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo I-A, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 482.

nario fue ilimitado en las provincias preexistentes a la Constitución Nacional, esto es las que crearon su texto fundamental antes de 1853”¹⁶.

VIII. CONCLUSIONES

1. En cuanto al origen del Poder Constituyente:

Sieyes fue el intérprete más claro de la voluntad imperante en el momento histórico determinado que le tocó vivir, frente a los nobles y al clero que defendían sus intereses particulares en contra de aquella voluntad general de cambiar ese régimen de privilegios de unos pocos, y estoy hablando del siglo XVIII ; la interpretación del abate acudió en el momento justo, la monarquía estaba quebrada por las deudas y arrastraba a los nobles, el único poder estaba en manos de los jueces del antiguo régimen, entonces la teoría del Poder Constituyente nació en el momento histórico - social justo.

2. En cuanto al concepto de Poder Constituyente:

Tratar simplemente de dar un concepto claro de Poder Constituyente: es la facultad del pueblo para constituir u organizar al estado, a través de sus legítimos representantes.

3. En cuanto a la titularidad del Poder Constituyente:

La titularidad del Poder Constituyente corresponde al pueblo, y es este el que va a decidir, a través del sufragio, quienes van a ser sus representantes para ejercer la titularidad material del Poder Constituyente.

4. En cuanto a los límites del Poder Constituyente:

Lo más importante, en cuanto a este tema, que se puede decir a modo conclusivo, es que el Poder Constituyente derivado, como quedo expuesto, es el que tiene reales limitaciones positivas; y segundo que cuando una reforma constitucional se lleva a cabo sin respetarlos es invalida.

Insisto en que esa cláusula coactiva de la ley que declaro la necesidad de la reforma de 1994 que nació de una serie de encuentros denominados "pactos" que evitaron que se plebiscite la reforma (o la reelección?), es la contracara de los

¹⁶ Bidart Campos, German J.; Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo I-A , Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 504/505.

límites, es un abuso del poder político sobre el Poder Constituyente del cual somos titulares.

Sin embargo no dejamos de reconocer que era necesario consensuar la posibilidad de reformar la Constitución Nacional, porque creemos que una reforma plebiscitada no hubiera sido la voluntad del pueblo argentino en 1994, si de un 45 o 50%, pero de ningún modo podemos pretender y mucho menos aceptar una Constitución de la Nación que rija para mitades.

5. En cuanto al Poder Constituyente de las provincias:

Afirmamos que la subordinación del Poder Constituyente provincial a la Ley Fundamental de la Nación no lastima la naturaleza constituyente de aquel.

6. A lo largo del trabajo se ha visto como el Poder Constituyente representa el espíritu de la voluntad del pueblo, como lo hizo al nacer en Francia o también en 1853.

En 1994 la reforma era necesaria, la sociedad necesitaba que su texto constitucional se renovase en algunos puntos muy importantes, si bien debemos reconocer que el constituyente representante popular del 94 no se exigió al máximo (no quiso o no pudo, en realidad este punto ya carece de importancia).

También reconocemos que tuvo razones: por un lado la cláusula mordaza de la ley 24.309 que declaró la necesidad de la reforma; y por el otro faltó el análisis, o un análisis más profundo sobre si la sociedad realmente necesitaba de la inclusión, en el texto constitucional, de instituciones extrañas a nuestro sistema jurídico - político, o por el contrario no haber incluido institutos que hoy todavía se siguen reclamando.

7. Finalmente concluimos diciendo que el Poder Constituyente, creando una Ley Fundamental o reformándola, tiene que ser la más clara expresión de la voluntad general imperante en el momento en que ese Poder Constituyente es "llamado" a actuar como representante de aquella.